

PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS DE UNA INVESTIGACIÓN SOBRE DERECHO CRIMINAL ROMANO

ROSARIO DE CASTRO-CAMERO

UNIVERSIDAD DE SEVILLA

El Derecho criminal romano ha sido, sin duda alguna, el gran olvidado de los estudios romanísticos. Sólo a finales del siglo pasado aparecieron las primeras obras que, con carácter sintético y general, intentaron abordar todo el Derecho penal. Corresponden a este periodo, los trabajos de Geib, Rein, Zumpt, Mommsen y Ferrini¹. El esfuerzo que hicieron estos estudiosos fue enorme, si bien la mayoría de ellos se limitó a un examen histórico-filológico de la materia. Ferrini, en cambio, quiso elaborar una sistemática del Derecho criminal romano, a semejanza de lo que la Pandectística había hecho con el Derecho privado. Tras la Primera Guerra Mundial, nos encontramos con una nueva orientación de los estudios de Derecho criminal romano. A diferencia de la tendencia predominante a finales de siglo pasado, los trabajos que se realizaron en este periodo se caracterizaron por abordar temas puntuales y por la interesante labor de crítica que sobre ellos desarrolló la Doctrina². Pese a todo, la importancia del Derecho criminal romano siguió siendo

¹ GEIB, *Geschichte des römischen Criminalprocesses* (Leipzig 1842); REIN, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinians* (Leipzig 1844); ZUMPT, *Das Criminalrecht der Römischen Republik* (Berlin 1865); MOMMSEN, *Das römisches Strafrecht* (Leipzig 1899); FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali* (Milano 1899).

² Archi destaca cómo, a partir de este momento, comienza a entenderse el Derecho romano como un todo unitario y se estudian los problemas criminalísticos en conexión con otros de índole privatística; vid. G.G. ARCHI, *Scritti di Diritto romano III. Studi di Diritto penale. Studi di Diritto postclassico e giustiniano* (Milano 1981) p. 1041.

bastante reducida en el ámbito de los estudios romanísticos. Su presencia, en muchos casos, quedó limitada a un mero apartado dentro de la parte histórica de los Manuales de Derecho romano.

La actual situación del Derecho criminal romano y su infravaloración es lo que nos ha llevado a considerar como necesaria una reflexión sobre las dificultades metodológicas que conlleva una investigación sobre esta materia, porque consideramos conveniente que muchos prejuicios sean desterrados definitivamente y que, de una vez por todas, este ámbito del Derecho romano reciba la consideración que, creemos, merece.

El primer aspecto que debe ser tenido en cuenta, al abordar un estudio de este género, es la importancia de los aspectos histórico-políticos. El Derecho penal es el resultado de lo que una sociedad cree, en un momento determinado, que es merecedor de una sanción pública. En este sentido, el Derecho penal supone un importante avance en la civilización de un pueblo, ya que sustituye la antigua venganza privada por una pena proporcionada a la gravedad de la conducta que se intenta castigar³. Sólo a través del estudio detallado de las circunstancias político-constitucionales de cada momento histórico es posible llegar a entender plenamente la represión criminal aplicable en esa época. Esto nos lleva a considerar como imprescindible, en una investigación de este tipo, el recurso a las fuentes históricas y literarias, las cuales nos proporcionan un precioso material, no sólo sobre la situación política y social de ese periodo, sino también sobre numerosos procesos que, por diversos motivos, acapararon la atención de los historiadores. De estas fuentes podemos extraer importantes consecuencias, las cuales deberán ser sometidas necesariamente a una revisión histórico-crítica, dado que no fueron redactadas por expertos en Derecho. Ahora bien, el hecho de que tengamos que ejercer sobre ellas esa crítica no significa que deban ser rechazadas *a priori*, pues el jurista debe aplicar este método de investigación a cualquier fuente, si pretende llegar a resultados coherentes.

El segundo presupuesto a tener en consideración es la necesaria atención que se debe prestar a los datos epigráficos. Este estudio se hace casi obligado en una tierra como la nuestra tan rica en documentos epigráficos, y sobre todo, de naturaleza jurídica. La *lex colonia Genitiva Iulia*, la *lex Malacitana*, la *lex Irnitana* o el *senatus consultum de Cn. Pisone patre* son claros exponentes de esto que estamos diciendo.

³En opinión de d'Ors, el Derecho penal tiene como fin el establecimiento de una pena para cada tipo de delito, gracias a lo cual se pretende eliminar la venganza privada. Esta estrecha relación entre venganza y pena llevan a d'Ors a considerar que al desaparecer la primera, desaparece también la penalidad, puesto que la función de esta última es limitar una venganza privada desmesurada; vid. A. d'ORS, *La crisis del Derecho penal*, en *Verbo* 243-244 (1986) 377ss.

Una obra que tuvo muy en cuenta la historia y la epigrafía romana fue el *Strafrecht* de Mommsen. El alcance de este trabajo fue y es importantísimo, pero respecto a esto creemos necesario hacer las siguientes precisiones. El *Derecho penal romano* de Mommsen ha sido tratado por muchos como la Biblia de los estudios criminales romanísticos, siendo considerado como el primer trabajo serio que sobre esta materia se elaboró. Pocos son los que valoran las obras de Geib, Rein o Zumpt como realmente se merecen. Estos autores precedieron a Mommsen en el estudio del proceso criminal romano, así como de cada uno de los crímenes públicos y de sus correspondientes penas. Son trabajos rigurosos, con una magnífica base textual, propia del siglo XIX en el que se escribieron, que anticipan en más de cincuenta años el inicio de las primeras reflexiones sobre el Derecho criminal romano. Por otro lado, la obra de Mommsen peca de una excesiva abstracción, que en la mayoría de las ocasiones es forzada, ya que ni los juristas romanos ni las *leges iudicorum publicorum* se preocuparon de dar definiciones exactas de todos y cada uno de los crímenes perseguidos públicamente⁴.

En relación con las fuentes jurídicas sobre la materia, hemos de reconocer que son mucho más escasas y fragmentarias que las referidas al Derecho privado. Prácticamente se reducen al libro 48 del Digesto, que con el 47 forman los llamados por Justiniano “libros terribiles”, el libro noveno del Código de Justiniano, las *Pauli sententiae* y poco más. Estas obras dedican una especial atención a las leyes que, en época clásica, recogían la regulación de los crímenes públicos. Las leyes del *ordo iudicorum publicorum* desempeñaron un importante papel como defensoras de las garantías ciudadanas. Una vez que la *provocatio ad populum* desapareció, se hizo necesario que una ley, aprobada por el *populus* reunido en asamblea, previese qué conductas debían ser perseguidas, qué tribunal debía juzgarlas y cuál tenía que ser la pena aplicable en el supuesto de que el jurado considerase que el reo era responsable de los hechos que se le imputaban. Este sistema se basaba en la existencia de unos tribunales ordinarios, las *quaestiones perpetuae*, que actuaban bajo los límites estrictos de su ley reguladora. De ahí que el desarrollo de la cognición extraordinaria, ya desde el siglo primero, pero fundamentalmente desde el segundo, marcara una nueva etapa en la evolución de las fuentes del Derecho criminal romano. Sin embargo, no creemos que se haya valorado suficientemente el desarrollo jurisprudencial que la materia criminal experimentó a través de las cons-

⁴ Crifo valora el *Strafrecht* de Mommsen en tanto significa una representación original del Derecho criminal romano, elaborada a partir del análisis histórico y del dominio de las fuentes, pero observa también cómo constantemente intenta que el pasado y el Derecho romano sean paradigmáticos para el momento en el que él vive, lo que confiere al *Strafrecht* un fuerte carácter ético-político; vid. G. CRIFO, *Ancora sullo Strafrecht Mommseniano*, en *Studia et Documenta Historia Iuris* 62 (1996) 535-537.

tuciones imperiales⁵. No debemos olvidar que detrás de un rescripto del emperador estaba la reflexión de la cancillería imperial, formada por juristas, que contribuyeron en gran medida a la evolución del Derecho, al tener siempre como punto de referencia la circunstancias concretas de su época⁶.

Por otro lado, hemos de ser conscientes de que, a diferencia del Derecho privado romano, no existe una continuidad entre el Derecho criminal romano y el Derecho Penal de nuestros días⁷. Este último es fruto de las corrientes iluministas del siglo XVIII, que parten del principio fundamental *nullum crimen sine lege*, con el que pretendían asegurar, además de la certeza del Derecho, la igualdad de todos ante la ley⁸. En Roma, sólo se dió una estricta observación del principio de legalidad durante la etapa de máximo apogeo de las *quaestiones perpetuae*, que no abarcó un periodo demasiado largo, ya que el advenimiento del Principado supuso su progresiva decadencia, que concluyó con su total desaparición⁹. Por otro lado, respec-

⁵ Archi critica los planteamientos que niegan al Derecho criminal romano una elaboración jurisprudencial y que consideran, por tanto, que esto hace imposible el desarrollo de un estudio jurídico sobre él. A su juicio, los romanistas modernos niegan a la cancillería imperial el papel que desarrolló en su momento, correspondiente a la última etapa de la elaboración dogmática romana. Vid. G. ARCHI, *Scritti di Diritto romano III. Studi di Diritto penale. Studi di Diritto postclassico e giustiniano* (Milano 1981) p. 1412, 1431s.

⁶ En opinión de Archi, deben ser rechazadas las generalidades en torno a la actitud de los juristas de este periodo frente a los distintos problemas penales planteados, puesto que sólo a través del examen de las particulares circunstancias de hecho en las que se desarrolló la evolución jurídica es posible llegar a conclusiones correctas. Archi señala cómo la relación *Princeps-scientia iuris* no fue la misma en todos y cada uno de los ámbitos del Derecho y que, por ello, es conveniente realizar un análisis separado de cada uno de los sectores del Derecho; vid. G. ARCHI, *Sulla cosiddetta massimazione delle costituzioni imperiali*, en *Estudios de Derecho romano en honor de Alvaro d'Ors* (Pamplona 1987) 216s.

⁷ Bassanelli-Somariva señala cómo, mientras que existe una continuidad entre el Derecho civil elaborado por los juristas romanos y los Derechos actualmente vigentes en los Estados europeos y, por consiguiente, existe unos puntos de referencia comunes para romanistas y civilistas, sin embargo, esta situación no se da en el ámbito del Derecho criminal, ya que el Derecho penal moderno tiene su origen en las corrientes iluministas del siglo XVIII. Vid. G. BASSANELLI-SOMARIVA, *Proposta per un metodo di ricerca nel Diritto criminale (a proposito di accertà)*, en *BIDR.* 89 (1986) 334, 338.

⁸ Cfr. G. BETTIOL, *Scritti giuridici. Le tre ultime lezioni brasiliane*, en *Collana di Studi penalistici I* (Padova 1987) p. 33; G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del Diritto* (Bologna 1988) p. 44- 57.

⁹ Bassanelli-Somariva destaca cómo únicamente durante la República tuvo la represión criminal su legitimación en la voluntad del *populus Romanus* reunido en asamblea. Sólo los comicios populares podían establecer qué hechos merecían el calificativo de ilegítimos y determinar la

to a la igualdad de todos ante la ley, el Derecho romano, en un primer momento, distinguió entre la penalidad que debía aplicarse a hombres libres y a esclavos y, a partir del siglo segundo, diferenció entre *honestiores* y *humiliores*, previendo una penalidad diferente para aquellos que se distinguían por alguna dignidad o por su relevante posición social y otra para los más humildes¹⁰.

De otro lado, falta en el ámbito del Derecho criminal romano una obra de carácter sistemático como las *Institutiones* de Gayo, posteriormente asumida por las de Justiniano, que sirva como punto de referencia para un estudio de esta

pena correspondiente, así como la creación de un tribunal especial encargado del enjuiciamiento de esa categoría de crímenes. El autor considera principal garantía de un ciudadano romano el poder solicitar la *provocatio ad populum*, que daba lugar a un juicio político y no técnico, ya que no se pronunciaba sobre la responsabilidad del imputado en los hechos, sino que se limitaba a examinar si en ese caso concreto se habían lesionado los intereses del pueblo y el imputado, consecuentemente, debía ser condenado por ello. Sólo cuando se rompe el equilibrio de la constitución republicana, que garantizaba el respeto de las libertades ciudadanas, se considera a la ley pública como defensora de los derechos del *populus Romanus*, limitando la discrecionalidad y el arbitrio del *Princeps* y de los funcionarios imperiales. En este sentido, Bassanelli-Somariva aplaude a Ferrini por haber advertido que para profundizar en el Derecho criminal romano es necesario examinar, además de la legislación criminal, el alcance de los poderes discrecionales ejercidos por magistrados y miembros de la cancillería imperial; vid. G. BASSANELLI-SOMARIVA, *op. cit.*, p. 332, 351, 360-365.

¹⁰ De acuerdo con las *Pauli sententiae*, el grupo de los *honestiores* estaba formado por senadores, caballeros, decuriones y otros hombres de reconocida autoridad; cfr. PS. 5,4,10. Cardascia considera que esta lista es meramente aproximativa y que, por tanto, no nos proporciona una definición de la categoría de los *honestiores*; vid. G. CARDASCIA, *L'apparition dans le droit des classes d' "honestiores" et d' "humiliores"*, en *Revue historique de droit françois et étrange* 28 (1950) 306 n.1, 307. Rilinger, sin embargo, sí cree que esta fuera una categoría jurídica, ya que puede encontrarse en ciento noventa y ocho fuentes jurídicas; vid. R. RILINGER, *Humiliores-honestiores. Zu einer sozialen Dichotomie im Strafrecht der römischen Kaiserzeit* (München 1988) 35. La dicotomía *honestiores-humiliores* aparece consolidada en las fuentes a partir del siglo II; sin embargo, con anterioridad ya se aplicaba un sistema penal dual que finalmente desembocó en este binomio. Baste recordar cómo, durante toda la etapa republicana, se castigó de forma diferente a hombres libres y esclavos, posteriormente los esclavos quedaron incluidos dentro del grupo de los *humiliores*. La época imperial trajo consigo además la aplicación de algunos castigos hasta entonces reservados a los esclavos; cfr. D. 48,8,3,5 (*Marcian.*, 14 *inst.*) sobre la imposición de la *damnatio ad bestias* a hombres libres y PS. 5,23,1 sobre la pena de crucifixión. Por otro lado, creemos que es el criterio de la *dignitas* el que mejor puede ayudarnos a determinar quiénes integraban la categoría de los *honestiores*. Entre las fuentes que nos hacen llegar a esa conclusión podemos citar: D. 48,2,16 (*Ulp. 2 de off. proc.*); D. 48,3,1 (*Ulp. 2 de off. proc.*); D. 48,13,8 (6), 1 (2) (*Ulp. 7 de off. proc.*).

materia¹¹. La legislación criminal romana no nos ofrece, como ya hemos puesto de relieve, una definición de los crímenes públicos, fruto de un proceso de abstracción, sino que los crímenes son descritos a través de los particulares supuestos de hecho que daban lugar a una persecución criminal¹².

Estas son algunas de las dificultades y presupuestos con los que debe enfrentarse el romanista moderno, los cuales más que asustarnos deben ser para nosotros un reto, pues creemos que se trata de una materia apasionante cuyo verdadero alcance todavía no ha sido descubierto en su totalidad.

¹¹ En opinión de Bassanelli-Somariva, sería necesaria la creación de una sistemática nueva adecuada al Derecho criminal romano, ya que la traslación a este de los esquemas conceptuales de la penalística moderna es del todo incorrecta, dado que ambos se apoyan sobre presupuestos diferentes. A su juicio, la dificultad de encontrar un método de investigación es la principal causa que ha disuadido a los romanistas del estudio de la materia criminal. Vid. G. BASSANELLI-SOMARIVA, *op. cit.*, p. 335, 365.

¹² Cfr. J. BLEICKEN, "*Lex publica*". *Gesetz und Recht in der römischen Republik* (Berlin/New York 1975) p. 146-148, quien señala cómo no es posible separar las leyes procesales de las leyes sobre aspectos sustantivos, ya que ambos aspectos aparecen entrecruzados, puesto que las leyes, sobre todo las de época más antigua, recogían las reglas procesales correspondientes al enjuiciamiento de los supuestos de hecho de cada uno de los crímenes.